



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 67.601/3
van 13 juli 2020

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het Vlaams personeelsstatuut van 13 januari 2006, wat betreft het 1/10 ouderschapsverlof, mantelzorgverlof en diverse andere bepalingen’

Op 11 juni 2020 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse Minister van Binnenlands Bestuur, Bestuurszaken, Inburgering en Gelijke Kansen verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het Vlaams personeelsstatuut van 13 januari 2006, wat betreft het 1/10 ouderschapsverlof, mantelzorgverlof en diverse andere bepalingen’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 30 juni 2020. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Katrien DIDDEN, adjunct-auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 13 juli 2020.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

2. Het voor advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 13 januari 2006 ‘houdende vaststelling van de rechtspositie van het personeel van de diensten van de Vlaamse Overheid’ (hierna: het Vlaams Personeelsstatuut) om, onder meer, te voorzien in een 1/10 ouderschapsverlof (artikelen 12 en 13 van het ontwerp) en een mantelzorgverlof (artikel 14).

Daarnaast wordt het Vlaams Personeelsstatuut gewijzigd om te bepalen dat:

- naast een diploma, een studiegetuigschrift, een ervaringsbewijs of een toegangsbewijs, ook een bewijs van beroepskwalificatie toegang geeft tot een functie van een bepaald administratief niveau (artikelen 1, 4 en 5);

- de lijnmanager kan optreden als selector voor personeel met buitenlandfunctie (artikel 2);

- met het oog op genderneutraliteit de termen “arbeidsarts” en “arts” worden ingevoerd in plaats van de termen “arbeidsgeneesheer” en “geneesheer” (artikelen 3, 6, 7, 9, 10 en 11);

- de personeelsleden die vanaf 1 januari 2015 zijn overgeheveld van het Fonds ter reductie van de globale energiekost, met ingang van 1 oktober 2019 recht hebben op maaltijdcheques met een nominale waarde van zeven euro overeenkomstig artikel VII 109^{ter} van het Vlaams Personeelsstatuut (artikelen 8 en 16, 1^o).

Voorts bevat het ontwerp een technische rechtzetting (artikel 15).

Het te nemen besluit treedt in werking op de eerste dag van de maand volgend op de definitieve goedkeuring ervan, met uitzondering van de regeling bepaald in artikel 8 en de regeling in verband met het 1/10 ouderschapsverlof en het mantelzorgverlof (artikel 16).

RECHTSGROND

3. Wat de toepassing betreft op het personeel van de departementen en de intern verzelfstandigde agentschappen (hierna: IVA's) zonder rechtspersoonlijkheid, vindt het ontworpen besluit rechtsgrond in artikel 87, §§ 1 en 3, eerste lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’.

In zoverre het ontworpen besluit van toepassing is op het personeel van de IVA's met rechtspersoonlijkheid en van de publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigde agentschappen, vindt het rechtsgrond in artikel III.23 van het Bestuursdecreet van 7 december 2018, gelezen in samenhang met de bepalingen van de oprichtingsdecreten van de genoemde agentschappen waarbij de bepalingen van het Bestuursdecreet van toepassing worden gemaakt op de betrokken agentschappen.

In zoverre het ontworpen besluit van toepassing is op het personeel van de strategische adviesraden, vindt het eveneens rechtsgrond in het voormelde artikel III.23 van het Bestuursdecreet van 7 december 2018, gelezen in samenhang met de bepalingen van de oprichtingsdecreten van die raden waarbij de bepalingen van het Bestuursdecreet van toepassing worden gemaakt op de betrokken raden.

Wat betreft de toepassing op het personeel van de administratieve diensten van de Raad van het Gemeenschapsonderwijs, vindt het ontworpen besluit rechtsgrond in artikel 67, § 2, van het bijzonder decreet van 14 juli 1998 'betreffende het Gemeenschapsonderwijs'.

ALGEMENE OPMERKINGEN

4.1. Het ontworpen artikel X 38*bis* van het Vlaams Personeelsstatuut (artikel 14 van het ontwerp), dat in een regeling voorziet voor het mantelzorgverlof, is van toepassing op de personeelsleden van de diensten van de Vlaamse overheid, dus zowel op de ambtenaren als op de contractuelen.¹

Wat betreft de inwerkingtreding van die regeling wordt in artikel 16, 3°, van het ontwerp evenwel een onderscheid gemaakt tussen contractuele en statutaire personeelsleden. Voor het statutair personeel heeft de ontworpen regeling uitwerking op de eerste dag van de maand die volgt op de maand waarin voldaan is aan de volgende twee voorwaarden: de federale Ministerraad verleende zijn akkoord en de federale uitvoeringsbesluiten die nodig zijn om het recht op uitkeringen te regelen, zijn in werking getreden. Voor het contractueel personeel heeft de ontworpen regeling uitwerking op de dag waarop de federale uitvoeringsbesluiten die nodig zijn om het recht op uitkeringen te regelen, in werking treden.

4.2. In de (bijlage bij de) nota aan de Vlaamse Regering wordt dienaangaande het volgende gesteld:

“Het contractueel personeel onttrekt het recht op dit verlof rechtstreeks uit de [Herstelwet van 22 januari 1985 'houdende sociale bepalingen']. Hierdoor treedt deze regeling voor hen in werking eens de federale overheid de nodige uitvoeringsbesluiten nam. Het statutair personeel onttrekt zijn recht op dit verlof uit het VPS. Hierdoor treedt dit verlof pas in werking na wijziging van het VPS, het akkoord van de federale ministerraad en de inwerkingtreding van de nodige federale uitvoeringsbesluiten.”

De gemachtigde voegde daar nog het volgende aan toe:

¹ Zie immers de definitie van personeelsleden in artikel I 2, 7°, van het Vlaams Personeelsstatuut.

“Het mantelzorgverlof vindt zijn rechtsbasis in de afdeling 5 van de Herstelwet van 22 januari 1985. Op grond van artikel 99 van de wet is afdeling 5 van toepassing op zowel de werkgevers als de werknemers. Op grond van deze algemene formulering moet ervan uit worden gegaan dat deze afdeling rechtstreeks van toepassing is op werkgevers en werknemers uit zowel de publieke als private sector. Omdat de Gemeenschappen en Gewesten op grond van de bijzondere wet van 1980 het personeelsstatuut van hun statutair personeel autonoom vaststellen, moeten zij de bepalingen uit de wet wel eerst van toepassing verklaren vooraleer een ambtenaar hierop kan terugvallen.

Gelet op het feit dat de federale uitvoeringsbepalingen nog niet rond zijn, verduidelijken we in het voorliggende ontwerp het moment waarop zowel contractuele als statutaire personeelsleden dit verlof kunnen aanvragen. Er zal sowieso een verschil zijn tussen beide categorieën aangezien het statutair personeel na wijziging van het VPS op grond van het KB van 7 mei 1999 nog moet wachten op het akkoord van de federale ministerraad vooraleer zij dit nieuwe verlof kunnen aanvragen.

Mochten de federale uitvoeringsbesluiten evenwel alsnog voor de definitieve goedkeuring van de VPS-wijziging rond geraken, dan passen we dit voor het contractueel personeel vanzelfsprekend aan in de versie die we voor definitieve goedkeuring aan de Vlaamse Regering voorleggen.”

4.3. Vermits, evenwel, zoals de gemachtigde erkent, de contractuele personeelsleden van de diensten van de Vlaamse overheid het recht op mantelzorgverlof genieten op grond van de artikelen 100^{ter} en 102^{ter} van de Herstelwet van 22 januari 1985, moet het toepassingsgebied van de ontworpen regeling beperkt worden tot de statutaire personeelsleden van de diensten van de Vlaamse overheid. Hoogstens zou in de ontworpen regeling kunnen worden bepaald dat de contractuele personeelsleden recht hebben op mantelzorgverlof conform de arbeidsrechtelijke bepalingen die van toepassing zijn voor de diensten van de Vlaamse overheid, naar het voorbeeld van hetgeen in artikel X 32, tweede lid, van het Vlaams Personeelsstatuut wordt bepaald ten aanzien van het palliatief verlof.

4.4. Gelet op het voorgaande moet in artikel 16, 3°, van het ontwerp het tweede streepje worden weggelaten. Voor de contractuele personeelsleden van de diensten van de Vlaamse Regering vloeit de inwerkingtreding van de regeling inzake het mantelzorgverlof immers voort uit hetgeen dienaangaande in de voormelde artikelen 100^{ter} en 102^{ter} van de Herstelwet van 22 januari 1985 wordt bepaald.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 2

5. In artikel 2 van het ontwerp schrijve men “vervangingsopdrachten” (in plaats van “vervangingsopdracht”).

Artikel 16

6.1. Naar luid van de inleidende zin van artikel 16 van het ontwerp treedt het te nemen besluit, behoudens hetgeen in de punten 1 tot 3 wordt bepaald, in werking “op de eerste dag van de maand volgend op de definitieve goedkeuring van dit besluit”.

Een inwerkingtreding waarbij de datum van goedkeuring van het besluit door de Vlaamse Regering als uitgangspunt wordt genomen dient vermeden te worden nu zulk een regeling niet strookt met de vereisten inzake rechtszekerheid en transparantie: zolang het besluit niet is bekendgemaakt, weten de burgers immers niet dat het besluit is aangenomen en wanneer het door de Vlaamse Regering werd goedgekeurd. Indien het bij de bekendmaking reeds in werking is getreden,² konden zij dat niet eerder weten, terwijl dergelijke retroactieve werking in beginsel is verboden. Overigens doet zo een wijze van inwerkingtreding ook problemen rijzen ten aanzien van artikel 190 van de Grondwet naar luid waarvan “[g]een wet, geen besluit of verordening van algemeen, provinciaal of gemeentelijk bestuur (...) verbindend [is] dan na te zijn bekendgemaakt in de vorm bij de wet bepaald”.

Opdat het te nemen besluit zou voldoen aan de eisen inzake rechtszekerheid, is het nodig om de gebruikelijke termijn van inwerkingtreding van besluiten te laten gelden (dit is op de tiende dag na de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad) of, zo daarvoor een verantwoording bestaat, te bepalen dat het besluit in werking treedt op de dag van de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad.

6.2.1. Uit artikel 16, 1^o, van het ontwerp vloeit voort dat de in artikel 8 van het te nemen besluit bepaalde regeling terugwerkt tot 1 oktober 2019.

In dat verband moet worden opgemerkt dat het verlenen van terugwerkende kracht aan besluiten enkel toelaatbaar is ingeval voor de retroactiviteit een wettelijke grondslag bestaat, de retroactiviteit betrekking heeft op een regeling waarbij, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, voordelen worden toegekend of in zoverre de retroactiviteit noodzakelijk is voor de continuïteit of de goede werking van het bestuur en daardoor, in beginsel, geen verkregen situaties worden aangetast.

Enkel indien de retroactiviteit van de ontworpen regeling in één van de opgesomde gevallen valt in te passen, kan deze worden gebillijkt.

6.2.2. Om een verantwoording gevraagd voor de terugwerkende kracht in het licht van het voorgaande, heeft de gemachtigde het volgende geantwoord:

“De regeling waarnaar u verwijst betreft personeelsleden die in het kader van de 6de staatshervorming werden overgeheveld naar de diensten van de Vlaamse overheid. Naar aanleiding van een arrest van de Raad van State paste de Vlaamse Regering de regels op grond waarvan deze personeelsleden bij overheveling werden ingeschaald aan.

² Het gegeven dat het te nemen besluit in werking treedt op de eerste dag van de maand volgend op de definitieve goedkeuring ervan, sluit dit niet uit: wanneer de Vlaamse Regering het besluit zou goedkeuren op het einde van een gegeven maand, en het slechts de maand erna zou worden bekendgemaakt, zou het reeds in werking treden voor de bekendmaking ervan.

Het besluit van de Vlaamse Regering van 28 juni 2019 tot wijziging van het Vlaams personeelsstatuut van 13 januari 2006 wat betreft de overheveling vanaf 1 januari 2019 van personeelsleden van de federale overheid naar de Vlaamse overheid naar aanleiding van een staatshervorming regelde dit. De vervanging van de bestaande maaltijdcheques met een nominale waarde van 7€ door een maaltijdcheque met een nominale waarde van 4€ was een onderdeel van dit besluit. Deze vervanging trad in werking op 1 oktober 2019. Onderzoek na goedkeuring van het voormelde besluit leerde dat de personeelsleden die het federale niveau overdroeg van het Fonds ter reductie van de globale energiekost voor overdracht al recht hadden op een maaltijdcheque waarvan de nominale waarde hoger lag dan €4. Gelet hierop moeten deze personeelsleden ook vanaf 1 oktober 2019 vallen onder de generieke regeling die is opgenomen onder artikel VII 109^{ter} VPS. Het voorliggende besluit regelt dit. Het gaat dus om een rechtzetting met terugwerkende kracht in het kader van de garandering van de verworven rechten bij overheveling.”

Gelet hierop lijkt de terugwerkende kracht te kunnen worden aanvaard.

6.3.1. Naar luid van artikel 16, 2°, van het ontwerp hebben de artikelen 12 en 13 van het te nemen besluit, die voorzien in een 1/10 ouderschapsverlof, uitwerking “op de eerste dag van de maand die volgt op het akkoord van de federale ministerraad”.

In de (bijlage bij de) nota aan de Vlaamse Regering wordt hieromtrent het volgende gesteld:

“Hoogstwaarschijnlijk zal het personeel van de DVO na definitieve goedkeuring van dit ontwerpbesluit nog geen gebruik kunnen maken van het 1/10 ouderschapsverlof. De inwerkingtreding van dit artikel hangt overeenkomstig artikel 3 van het koninklijk besluit van 7 mei 1999 af van het akkoord van de federale ministerraad. Ik vraag dit akkoord na de eerste principiële goedkeuring van dit ontwerpbesluit aan.”

6.3.2. Artikel 3 van het koninklijk besluit van 7 mei 1999 ‘betreffende de onderbreking van de beroepsloopbaan van het personeel van de besturen’ bepaalt dat “[i]edere rechtshandeling uitgaande van een niet-federale overheid die tot doel heeft bepalingen van dit besluit van toepassing te maken op zijn personeel, (...) slechts uitwerking [kan] hebben wanneer zij het voorafgaandelijk akkoord verkregen heeft van de federale Ministerraad”. Dit akkoord werd tot op heden nog niet bekomen.

Een inwerkingtreding die niet afhangt van de (datum van) bekendmaking, maar van voor de belanghebbenden normaal niet kenbare handelingen tussen overheden onderling staat op gespannen voet met het rechtszekerheidsbeginsel. De betrokken artikelen dienen dan ook in werking te treden op een vaste, in het ontwerp bepaalde datum of minstens op een nader in het ontwerp te omschrijven datum die voor eenieder op een duidelijke en ondubbelzinnige wijze kenbaar is.

6.4.1. Wat betreft de regeling van de inwerkingtreding van het mantelzorgverlof voor het contractueel personeel in artikel 16, 3°, van het ontwerp, moet worden verwezen naar opmerking 4.4.

6.4.2. Wat betreft de regeling van de inwerkingtreding van het mantelzorgverlof voor het statutair personeel in dezelfde bepaling, moet, in zoverre de inwerkingtreding van de ontworpen regeling afhangt van, onder meer, het akkoord van de federale Ministerraad, vooreerst worden

verwezen naar hetgeen hiervoor wordt opgemerkt in verband met het 1/10 ouderschapsverlof (opmerking 6.3.2).

Voorts moet, onder voorbehoud van opmerking 4.4, worden vastgesteld dat de ontworpen regeling een verschil in behandeling doet ontstaan tussen, enerzijds, het statutaire en het contractuele personeel: de eerste categorie van personeelsleden geniet het mantelzorgverlof niet van zodra aan de in artikel 16, punt 3°, eerste streepje bepaalde twee voorwaarden is voldaan, maar moeten wachten tot de daarop volgende maand; de tweede categorie van personen, daarentegen, geniet het mantelzorgverlof op de dag waarin de in artikel 16, punt 3°, tweede streepje, bepaalde voorwaarde is voldaan. Voor dit verschil in behandeling lijkt op het eerste gezicht geen redelijke verantwoording te bestaan.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT